

捜査と並行して実施される 内部調査に対する法的制約

原 田 和 往

I 本稿の目的

企業犯罪の分野においては、捜査に協力した場合に得られる利益と、協力しない場合に被る不利益を明示し、被疑者でもある企業に対して、自ら不正の予防・摘発を行うように仕向けるのが効果的・効率的であるとの考え方が世界的潮流とされる。この考え方によると、「企業による予防・摘発活動を事実上義務づけ、当該義務が果たされない場合に企業犯罪に対する刑事制裁が発動する」(強調は引用者) ことになるという⁽¹⁾。こうした仕組みの例としては、アメリカ合衆国における訴追延期合意 (Deferred Prosecution Agreements (DPA)) 及び不訴追合意 (Non-Prosecution Agreements (NPA)) という手法を挙げることができる。訴追延期合意等を活用する統治方法については、「従来型の近代刑事司法における『法による正義の実現』を『妥協』する代わりに、純粋に政策目的の実現に向けてインセンティブ設計を行うことで、捜査の主体を国家ではなく、対象企業へと変化させている」(強調は引用者) との分析が示されている⁽²⁾。

我が国の協議・合意制度においては、当面の運用として、事案の選定につき、「基本的には、従来の捜査手法では同様の成果を得ることが困難な場合に

(1) 深水大輔「FCPA リソースガイドの改訂を踏まえたコンプライアンス・プログラムの整備——日本企業が直面することの多い論点を中心に——」商事法務2246号(2020年) 37頁。

(2) 稲谷龍彦「企業犯罪対応の現代的課題(1)——DPA/NPAの近代刑事司法へのインパクト」法学論叢180巻4号(2017年) 45頁以下。

において、協議の開始を検討する」等の檢察の考え方が示されている⁽³⁾。この方針では、企業の協力を得る方が効率的ではあるが、従来の捜査方法でも同様の成果は得られるという場合は、対象に含まれないようにも見受けられる。他方、協議・合意制度については、訴追延期合意等に準じた運用を目指すべきであるとの提言もみられ⁽⁴⁾、企業に対し、協議・合意制度の利用に向けた内部調査のあり方等を説く論稿も数多く公刊される状況にある⁽⁵⁾。

報酬と制裁による動機付けを行い、企業の内部調査を奨励するという制度設計から得られる知見は少なくない。しかしながら、他方で、個別具体の事案において、捜査の主体となることを事実上義務付けられた企業によって、内部調査が実施される場合、それは捜査活動として、本来の内部調査とは異なる法的制約に服することになるのではないかという疑問も生じる。

実際、近時、アメリカにおいて、訴追延期合意等の締結に向けて実施された内部調査について、その実態は捜査の外注であると批判する判断が示された。事案は、ロンドン銀行間取引金利(London Interbank Offered Rate (LIBOR))不正操作事件に関し⁽⁶⁾、企業が実施した内部調査において獲得された供述につき、被告人が、Kastigar 判決による救済を申し立てたというものである⁽⁷⁾。これに対し、裁判所は、訴追機関等において、複雑な金融事件の捜査等を、実行行為者と疑われている者との関係で、特に強圧的な地位にある別の捜査

(3) 最高検察庁新制度準備室「合意制度の当面の運用に関する檢察の考え方」法律のひろば71巻4号(2018年)52頁。

(4) 市川雅士ほか『日本版司法取引の実務と展望——米国等の事情に学ぶ捜査協力型司法取引の新潮流——』(現代人文社、2019年)209頁等。また、同書の書評(村岡啓一「書評」季刊刑事弁護100号(2019年)179頁)も参照。

(5) 例えば、山口幹生＝入江源太『ゼミナール 企業不正と日本版司法取引への実務対応——国際カルテルへの対応まで——』(民法法研究会、2019年)、竹内朗ほか「不祥事発生時の初動調査・社内調査の重要性と実務課題(上)(下)」ビジネス法務20巻11号133頁(2020年)、同12号153頁(2020年)、國廣正ほか『海外贈収賄防止コンプライアンスプログラムの作り方〔改訂版〕』(第一法規、2020年)等。

(6) LIBORの仕組みと不正操作事件の概要については、「特集 LIBOR 問題の本質」金融財政事情63巻34号(2012年)10頁以下参照。

(7) Kastigar v. United States, 406 U.S. 441 (1972). 本判決については、小早川義則『デュー・プロセスと合衆国最高裁Ⅶ——刑事免責、実体的デュー・プロセス』(成文堂、2015年)128頁以下に、詳細な紹介がある。

等の対象者に外注することが慣例となっていることに鑑みれば、本件で提起された争点の今日的意義は大きい、と指摘した上で、企業の内部調査を国家の行為と見做せるかという点について、詳細な判断を示している。既に紹介した事例 (Stein 判決) と同様⁽⁸⁾、内部調査が、捜査と並行して行われる場合に、捜査機関の行為と見做され、単独で実施される場合とは異なる法的制約を受ける可能性があることを示すものといえる。

本稿では、これらの事例をもとに、別稿で示した問題意識において想定している問題状況を具体的に示した上で⁽⁹⁾、こうした状況へのあり得る対応の理論的位置付けを明らかにし、今後の検討の方向性を示すを試みる。

II 企業の内部調査が国家行為 (State Action) にあたるとされたもう一つの事例 —— United States v. Connolly⁽¹⁰⁾

1 事実の概要

(1) 調査の開始

2008年10月頃、米国商品先物取引委員会 (CFTC) は、LIBOR 不正操作に関して、いわゆるパネル行であるバークレーズと UBS を対象とする調査を開始し⁽¹¹⁾、2010年4月には、ドイツ銀行に対し調査を行う旨を書面で伝えた。そこには、同年9月を目途に、ドイツ銀行が外部の弁護士による内部調査を自主的に実施し、その状況を継続的に報告するなどして、調査に全面的に協力することが期待される旨が添えられていた。更には、協力の評価に係る方

(8) 原田和往「United States v. Stein, 541 F.3d 130 (2d Cir. 2008) —— 刑事訴追を回避するための企業の取り組みが、国家行為 (State Action) に該当し、修正6条の弁護人選任権を侵害すると判断された事例」岡山大学法学会雑誌69巻4号 (2020年) 71頁。

(9) 原田和往「企業犯罪におけるコンプライアンス・プログラムの手続法的意義」刑事法ジャーナル58号 (2018年) 77頁。

(10) United States v. Connolly, 2019 WL 2120523 (S.D. N.Y. 2019) (Memorandum Decision and Order Denying Defendant Gavin Black's Motion for Kastigar Relief). なお、本決定の引用に際しては、Westlaw の付与した頁番号 (*1等) を用いる。

(11) Connolly at *1-*2. なお、バークレーズと UBS に対する調査・捜査の概要を紹介するものとして、花井路代「LIBOR 不正操作をめぐる米国でのクラスアクション」NBL983号 (2012年) 4頁がある。

針——従業員の証言及び関係書類を適宜利用できるようなあらゆる手段を講じている場合に、真摯な協力との評価（cooperation credit）を受けることができる等——も含まれていた。

これを受けて、ドイツ銀行は、関係当局の調査に全面的に協力することを決定し、社外弁護士に内部調査の実施を依頼した。また、調査の開始から間もなく、米国商品先物取引委員会に対し、司法省から調査の過程で入手した書類等の提供要請があった。

（2）内部調査・捜査の展開

依頼を受けた弁護士は、まず、米国商品先物取引委員会と、電話会議を複数回にわたって開催し、初期調査の枠組みを協議した。委員会側は、LIBOR関係の業務に従事していた者全てに対し、即時に事情聴取を中核とする措置をとるよう提案するとともに、当面は週に1回の頻度で、調査の過程で判明した関係書類の提出を含む定期的な報告を行うよう求めた。ドイツ銀行はこれを受け入れ⁽¹²⁾、調査担当の弁護士らは、従業員数名に対し電話で事情聴取を行った後、2010年11月に委員会の担当者と面会し、調査の経過を説明した。委員会側は、電話での聴取を行った3名について——いずれも最終的に被告人Blackの公判で証人となった——、月末までに対面での聴取を実施するよう指示するとともに、これらの者と定期的に情報交換を行っている従業員に対しても聴取を実施するよう求めた。ドイツ銀行側は、——取締当局が予期していたとおり——被告人Blackを条件に該当する者として特定し、同月22日に聴取を実施した。

ドイツ銀行の就業規則（employee policy）には、従業員は関係部署による調査等に全面的に協力しなければならない旨の規定があり、また、規則違反は解雇を含む懲戒処分の対象となり得るとされていたため、被告人Blackは聴取に応じた。その後、2011年8月に2回目、2012年6月に3回目の聴取が

(12) なお、定期的な報告について、当初内部調査を指揮した社外弁護士は、今日の一般的な方法である旨を証言している。Connolly, at *3.

実施された。いずれにおいても、被告人に弁護士はいなかったが、弁護士依頼者間秘匿特権に関する警告 (Upjohn warning) は行われた。聴取において、被告人は、ドイツ銀行における自らの職務及び LIBOR に関係する業務の全容を説明したが、不正操作に関しては、証拠となり得る電子メールを見せられても、犯罪行為を認めるようにみえる文言は、単なる冗談にすぎない等と弁解し、一貫して容疑を否認した。

2012年10月、調査担当の弁護士は、被告人 Black の分も含め、それまでに実施した聴取をまとめた書類を米国商品先物取引委員会に提出した。これらは司法省にも送られ、同年12月には、同省反トラスト部と刑事部が、担当の弁護士から被告人の聴取結果を含め内部調査の進捗状況について詳細な報告を受けた。司法省は、これらの情報をもとに、2013年10月に被告人 Black と協議 (proffer) し、また、担当弁護士は、2014年9月に4回目の聴取を実施した際に、事前に当局に許可を求めるなどしており、両者は協力関係を維持し続けた⁽¹³⁾。担当弁護士らは、関係当局の担当者と約230回の電話、30回の対面による協議を行い、調査終了前の14ヶ月の間には、司法省反トラスト部、同刑事部門、米国商品先物取引委員会、連邦捜査局の担当者らに、毎週、最新の情報を提供し、更なる指示・要請を受ける機会を設けた。

(3) 訴追延期合意の締結

2015年1月21日、弁護士事務所は、約5年に及んだ内部調査の結果をまとめた報告書を提出した。報告書では、調査を担当した弁護士らが、被告人 Black を含む50名以上の従業員に対し、200回程度の聴取を実施し、1億5,800万件の電子文書、8万5,000件の音声ファイルや数十万時間に及ぶ音声テープを検討した上、単に情報を提供するのではなく、特に重要と考えられる証拠や情報を選別し、注釈を付する等して、関係当局の調査等に協力してきたことが詳細に記されていた。

こうした取組みが評価され、2015年4月23日、ドイツ銀行は、司法省との

(13) Connolly, at *6.

間で、(i) 7億7,500万ドルの制裁金 (criminal penalties) の支払い、(ii) 調査・捜査への協力の継続、(iii) 3年間の監督人の選任等を内容とする訴追延期合意を締結した⁽¹⁴⁾。また、ドイツ銀行は、不正操作に関与した従業員の解雇を確約する等して、ニューヨーク州金融サービス局 (NYDFS) との間で、資金洗浄規制に係る州法違反による訴追の回避等を合意 (consent order) した。

被告人 Black は、2015年初頭に解雇され⁽¹⁵⁾、また、LIBOR 不正操作に係る共謀の罪等で正式起訴され、陪審裁判の結果、有罪判決を受けた。これに対し、被告人は、内部調査における聴取は、国家行為 (state action) にあたり、その供述は、解雇という威迫のもと強要された (compelled) ものである等として、Kastigar 判決に基づく救済を申立てた。

2 裁判所の判断

(1) 内部調査実施中の捜査の実態

本件において、極めて重要な問題の1つは、2010年4月の米国商品先物取引委員会による調査の開始から、2015年4月の訴追延期合意締結までの約5年の間、捜査・訴追当局は何をしていたか、という点である。当局は、ドイツ銀行の内部調査と並行して実質的な捜査を行っていたのか、それとも単にドイツ銀行とその社外弁護士に指示し、その調査の成果——訴追側に完全に開示されたようであるが——を借用して、その職務の手間を省いたのか (save itself the trouble of doing its own work)⁽¹⁶⁾。

提出された証拠等による限り——もっとも、訴追側は、本件争点に相応の深刻さをもって取り組んでいるとは言い難く、提供されたものには限りがあるが——、裁判所としては、後者であるとの結論を下さざるを得ない。ドイツ銀行に対しては、2010年4月4日に証券取引委員会が、2011年6月27日に司法省が、それぞれ文書の提出を命じている。しかし、内部調査の成果につ

(14) Connolly, at *8.

(15) Connolly, at *9.

(16) Connolly, at *9.

いて報告を受けるまで、訴追当局が、ドイツ銀行の従業員らに対する独自の聴取を実施した形跡は見受けられない。供述調書も作成されておらず、当局による調査・捜査資料の中に、5年の歳月と1,000万ドルの費用が投入された内部調査を経ていないものは見当たらない。提出された資料のうち、当裁判所が検討したものの大部分は、2015年の報告書提出後に実施された聴取に関するものである。内部調査報告書で示された見取り図 (road map) —— そこには、被告人らを含むドイツ銀行の従業員に対して、当局がどのような捜査をすべきかが示されている —— に依拠することなく、当局が独自に聴取を行ったことは一度もない、といわざるをえない。端的に言えば、記録は、国がドイツ銀行側に捜査を外注した (outsourced its investigation) ことを示している⁽¹⁷⁾。

(2) 国家行為 (state action) 該当性について

本件の聴取は、国家行為に該当し、その供述は強要された (compelled) ものであるから、Garrity 判決のもと⁽¹⁸⁾、自己負罪拒否特権の侵害にあたるとして、被告人は、有罪判決の破棄及び公訴棄却を求めている。

修正第5条の自己負罪拒否特権の侵害を主張する場合、Garrity 判決が示すとおり、当該供述が強要されたものであること、並びに、強要が国によることが示されなければならない。Garrity 判決において、連邦最高裁判所は、聴取での供述を拒否した場合には、解雇されると告げて、警察官を脅した場合、その供述は強要されたものであり、証拠として使用することは許されない、との判断を示した。Garrity 判決は、雇用主が国家機関の事案であったが、その法理は、雇用主が私人の場合でも、供述の獲得に係る行為が国家行

(17) Connolly, at *10.

(18) Garrity v. New Jersey, 385 U.S. 493 (1967). 本判決については、ジョシュア・ドレスラー＝アラン・C・ミカエル (指宿信監訳) 『アメリカ捜査法』(レクシス・ネクシス・ジャパン, 2014年) 631頁に紹介がある。また、鈴木義男編 『アメリカ刑事裁判研究第3巻』(成文堂, 1989年) 100頁〔中空壽雅〕参照。

為にあたれば、同様に適用される⁽¹⁹⁾。

Blum 判決等によれば、私人の行為は、国と問題となっている行為との間に十分に緊密な関係がある (sufficiently close nexus) 場合に、国家行為とみなされる⁽²⁰⁾。そして、Stein II 判決で第二巡回区控訴裁が判示しているように、(i) 私人の行為が国による強制的な権力の行使に起因する場合、(ii) 国が私的団体の運営または管理に関与している場合、(iii) 私人の行為が、国から明示的または黙示的に相当程度奨励を受けている場合、(iv) 私人が州との共同行為の意図的な参加者の場合、(v) 私人が公的機能を委任されている場合、(vi) 私人が国の政策と関わり合う (entwined) 場合には、上記の緊密な関係があるといえる。

もっとも、国と私人の行為との間に緊密な関係があるだけでは十分ではない。問題となっている特定の行為に対して、国が影響を与えていることが必要である⁽²¹⁾。本件に即していえば、経済的な不利益を脅迫に用いて、個人に自己負罪的な供述を強要することに、国が関与したといえるか否かが決定的に重要である。この点、本件において、被告人が、職を失う脅威に怯えながら、調査を担当する弁護士の聴取に応じざるを得なかったことについて、疑問の余地はない。近時、「訴追当局は、企業の内部調査担当者が、独自に事情聴取を行うまで、取調べを延期することが多い。解雇を恐れる従業員に対しては、雇用主である企業の方が、より効果的に、供述するよう説得できることを知っているのである。そして、当局は、企業による聴取が終わった後、自らの影響力を行使すれば、—— 結果的には、弁護士依頼者間秘匿特権等を放棄することになるとしても —— 従業員がどのような供述をしたかについて、企業に報告させることができることも知っている」との指摘もみられる

(19) Connolly, at *10 (citing United States v. Stein, 541 F.3d 130, 152 n.11 (2d Cir. 2008) (“Stein II”).).

(20) Blum v. Yaretsky, 457 U.S. 991 (1982). 本判決については、木下智史『人権総論の再検討 —— 私人間における人権保障と裁判所』(日本評論社、2007年) 104頁以下、君塚正臣『憲法の私人間効力論』(悠々社、2008年) 116頁以下参照。

(21) Connolly, at *11.

ところである⁽²²⁾。

それゆえ、検討されるべきは、唯一つ、被告人に対する内部調査が国に帰属するかどうかである。内部調査は、その実質において、ドイツ銀行の自主的なものでも内部的なものでもなかったという被告人の主張は、これを支持する証拠もあり、説得的である。例えば、被告人に対する最初の聴取は、関係当局の要請によるものであることが示されている。また、弁護士と訴追当局との会合において、被告人に対する調査が議題となっていたことも明らかである。そして、これらは全て、2013年秋——内部調査の開始から約3年後——に訴追側が被告人を取調べるよりも遥かに前に行われている。

Garrity 判決との関係では、ドイツ銀行の調査一般が、国に帰属されるというのでは足りず、被告人の聴取について、訴追側が実質的に主導していた (engineered) との評価が必要となるが、証拠はこれを支持している⁽²³⁾。確かに、被告人に対する聴取は、他の従業員の場合と異なる条件で実施されたわけではない。しかしながら、被告人の最初の3回の聴取が行われた頃、ドイツ銀行側は、誰を、いつ聴取すべきかについて指示を受けていたのであるから、被告人の聴取についても当局の指示があったといえる。また、2014年9月に弁護士が被告人の聴取を実施しようとした際、訴追当局の許可を求めているという事実は、調査開始から4年が経過した時点でも、訴追側が内部調査に指示を与えていたことを示している。こうした事情に鑑みれば、本件において、訴追当局は自ら捜査を行う代わりに、その枢要部分を当初の捜査対象であったドイツ銀行に外注し、内部調査により築き上げられた強固な基盤の上に、被告人ら特定の従業員に対する自らの捜査を構築した、といわざるをえない。

なお、当裁判所はこれまで訴追側に対し、ドイツ銀行の内部調査と並行して実施した捜査活動を示すよう促し、上記の推論を反駁する機会を与えてき

(22) Connolly, at *11 (citing Abbe David Lowell & Christopher D. Man, *Federalizing Corporate Internal Investigations and the Erosion of Employees' Fifth Amendment Rights*, 40 GEO. L. J. ANN. REV. CRIM. PROC. iii (2011), at xiii n.75).

(23) Connolly, at *12.

た。ところが、訴追側は、司法省と米国商品先物取引委員会が「捜査・調査を外部に委託した」かどうかは、被告人の申立てに関連するものではない等と主張し、この機会を活かそうとはしなかった。また、訴追側は、ドイツ銀行には株主らに対する義務があり、また、弁護士には依頼人である銀行に対する忠実義務があるから、ドイツ銀行側が、関係当局と十分に緊密な関係を構築することはできない旨の主張を繰り返している。しかしながら、本件において、ドイツ銀行は存亡の機にあり、米国商品先物取引委員会から調査開始を告げられた際、協力の程度は選べても、協力しないという選択肢は端から存在しなかった。確かに、内部調査の実施につき、ドイツ銀行にも固有の利益と責任がある。また、調査等への全面的な協力が、これらの利益と責任に資することに異論の余地はない。しかしながら、ドイツ銀行は、破滅の危機を回避するために、関係当局から調査の対象や方法について、詳細な指示を受け、それを実行したに過ぎない⁽²⁴⁾。

また、訴追側は、今般の調査・捜査に対する協力の機運を損ない、今後の法執行に支障をきたす虞があるため、関係当局とドイツ銀行との間に緊密な関係があるとの結論を避けるよう強く求めている。当裁判所は、本件のような大規模かつ専門的な知見を要する事件で、調査対象側の弁護士に事案の解明という重大な任務を付託することによって、関係当局側の時間と資源を相当程度節約することができるという点に疑義を呈するものではない。しかしながら、当裁判所の関心は、捜査等の民間委託によって、国家機関に余裕が生まれるかどうかにはない。裁判所としても、今回の判断が、本件という個別具体の事案を超え、広範な意義を持ちうることを認識しているが、その関心は、被告人の憲法上の権利の保護にあり、これは捜査・調査の外注に係る便益に優る。

結局、これまでに提出された資料等にもとづく限り、ドイツ銀行による被告人 Black の聴取は、解雇の脅迫のもと強要されたものであり、国家に帰属されるべきものであるから、Garrity 判決の法理に対する違反があったと結

⁽²⁴⁾ Connolly, at *14 (citing Stein II, 541 F.3d at 150).

論付けるはかない。再度、訴追側に主張立証の機会を与え、更に検討を深める途もあり得るが、実益に乏しい。というのも、有罪判決の破棄等の救済が認められるためには、Kastigar 判決に対する違反が必要であるが、記録上、この点の違反がないのは明白といえるからである⁽²⁵⁾。

(3) Kastigar判決に対する違反について⁽²⁶⁾

修正第5条のもと、被告人の供用された供述の直接または間接的な使用は禁止される。訴追側は、本件で「使用した」証拠について、強要された供述と無関係な独立の入手経路を特定し、証拠の優越の程度に証明しなければならない。「使用」には様々な態様があり得るが、問題の聴取における被告人 Black の供述のうち、公判で使用されたものはない。また、強要された供述がなければ、提出されなかったとみられる証拠はなく、間接的な使用もない。大陪審の手続において提出された資料等については、独立の入手経路が特定されている。

また、Kastigar 判決に反する使用があったとしても、本件では、その違反は無害の瑕疵である。独立の経路から得られた証拠に照らし、使用された証拠が取るに足りないものであり、訴訟の結果を変える可能性が僅かな場合、瑕疵は無害とされ得る。被告人は、内部調査を担当した弁護士らは、自身に対する聴取から、LIBOR の仕組みを理解し、収集すべき証拠を特定する等の調査方針を定めた旨を主張する。しかしながら、訴追側は、独立の経路から有力な証拠を数多く得ており、問題となっている聴取がなくても、被告人が起訴され有罪判決を受けたであろうことに疑いはなく、被告人の主張するような使用が、結果を変えるとは考え難い。

以上のことから、Kastigar 判決違反による救済は認められない。

⁽²⁵⁾ Connolly, at *15.

⁽²⁶⁾ Connolly, at *19.

Ⅲ 問題領域の特定

1 内部調査に対して刑事訴訟法的規制が及ぶ場合

Connolly 決定と同様の問題状況を扱ったものとしては、別稿で紹介した Stein 判決がある。しかし、同判決は今から10年以上前の判断であり、また、関係当局の干渉の度合いも著しいものであった。そのため、Stein 判決は、異常な事態に対する例外的判断として、徒花に終わる可能性もあった。そうした状況において、Connolly 決定は、干渉の度合いが著しいとはいえない場合でも⁽²⁷⁾、国家行為（state action）と見做され得ることを示し、——国家行為が該当性を認めた点については異論の余地もあろうが——内部調査に対する制約の中に、国家行為と見做される虞が含まれることをあらためて確認した点で大きな意義があるといえる⁽²⁸⁾。

以下では、Connolly 決定と Stein 判決を素材としながら、捜査に関連して企業の内部調査が行われる場合に、特に検討を要すると考えられる問題状況を特定していくことにしたい。

はじめに、Connolly 決定の判断構造を整理しておこう。同決定では、まず、①修正5条の自己負罪拒否特権に関する Garrity 判決を起点とし、行為主体が私人の場合に同判決の法理が直接には及ばない点について、問題の行為を国家行為と見做すことができるかが検討され、これが肯定されている。その上で、②Garrity 判決が禁止する制裁的手段を用いて得られた供述は、——証拠からの排除が要請される「単なる不任意や強制された自白（not merely

⁽²⁷⁾ See e.g., Michael J. Shepard et al., *The Shot Across the Bow and the Limited Course Correction After United States v. Connolly*, 24 Wall Street Lawyer 1 (2020) at 4.

⁽²⁸⁾ Connolly 決定を受けて、2019年12月、司法省は、「企業に対する輸出管理・経済制裁の執行方針(Export Control and Sanctions Enforcement Policy for Business Organizations)」を改訂し、特定の行動を取ることを控えるよう企業に要請することはあるが、企業の内部調査を積極的に指示を与えることはない旨を明らかにする脚注(9)を追加したとされる。See Richard F. Albert & Mary G. Vitale, *The Implications of Outsourcing Government Investigations: A Look-Back After Connolly and Blumberg*, 2020 WL 6591898 (2020) at fn. 47. Dept. of Justice Manual, Section 9-90.625 (available at <https://www.justice.gov/jm/jm-9-90000-national-security#9-90.625>).

involuntary or coerced confessions)」ではなく——「強要された供述(compelled testimony)」であるとの理解から⁽²⁹⁾、Kastigar 判決のもと、免責証言に汚染された証拠が使用されたかが検討され、使用はない等として、被告人の申立てが斥けられている。

捜査と内部調査の関係という観点から、注目されるのは①の部分である。起点となっている Garrity 判決において、連邦最高裁判所は、汚職に関する警察の内部調査の際に、供述を拒否すれば、解雇されると告げて、調査の対象となった警察官から得た供述は、「強制された(compelled)」ものであり、その後の刑事訴追において当該警察官に不利な証拠として用いることは許されない、とした。一般に、解雇等の経済的不利益を制裁として、供述を強制する手法を禁止する Garrity 判決の法理は、公的機関に雇用されている者(government employee)にのみ適用があり⁽³⁰⁾、民間の場合、聴取において回答を拒否する従業員に対して、雇用主は、解雇・降格・報酬の減額等の措置で対応することが許されると理解されている⁽³¹⁾。そして、企業が、内部調査において、解雇等の経済的不利益を制裁として利用し、獲得した供述を、後に捜査・訴追機関に提供した場合に、その提供を受けた捜査機関等において、当該供述等の使用が制限されることはないとする⁽³²⁾。

本決定も、上記の理解を前提としており、実際、内部調査への協力拒否に対して解雇等を定める就業規則の当否について、内部調査における手続保障等の観点から、問題にしているわけではない。内部調査において許される手法であったとしても、それが国家行為と見做される場合には、Garrity 判決の法理が妥当するとの前提的理解から、当該手法と国との間に緊密な関係が認められるかどうかを問題にしているのである。

(29) Connolly, at *17.

(30) See e.g., Miram H. Bear, *When the corporation investigates itself* in Jennifer Arlen ed., RESEARCH HANDBOOK ON CORPORATE CRIME AND FINANCIAL MISDEALING (2018) at 321.

(31) See e.g., Jennifer Arlen & Samuel W. Buell, *The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement*, 93 S. CAL. L. REV. 697 (2020), at 719. 同735頁以下で、諸外国の状況が簡潔にまとめられている。

(32) Arlen & Buell *supra* note 31 at 720.

Stein 判決においては、弁護士費用の支払いに係る従前の方針の変更自体は、企業が合法的に取り得る措置であるとしても、それが国との緊密な関係に起因する場合には、国家行為として憲法の規律に服するとの判断が示された。本決定の①部分と、Stein 判決には、訴追延期合意等の締結を目的とした内部調査に対して、国との緊密な関係をもとに、本来であれば、適用のない憲法的・刑事手続法的規律を及ぼすことが試みられているという点で共通性がみられる。

いずれの事案においても、企業が違法行為を自ら発見し、先行して内部調査を実施・完了していれば、調査の過程で、協力を拒否する者に対し、解雇等の経済的不利益を制裁的に利用する等の手法が用いられていたとしても、その後の刑事手続において憲法上の権利侵害等が問題にされることはなかった。また、関係当局による調査を契機に、違法行為の存在を認識した後に、—— 様々な障害・制約が予想されるが —— 当局の指示を受けることなく、その調査・捜査と競合するかたちで、企業が独自に内部調査を実施していれば、同様に、憲法上の権利侵害が問題になることはなかったと考えられる⁽³³⁾。別稿において、協議・合意制度の利用を主たる目的として、企業が内部調査を実施する場合には、その時期に関連して、刑事手続法の観点から検討すべき問題が潜在している旨を指摘した⁽³⁴⁾。Stein 判決と Connolly 決定は、訴追延期合意等の締結を目的とした内部調査において、同類の問題が顕在化した事案といえる。

(33) See Bear *supra* note 30 at 323. Bear は、①企業の内部調査が先行し、終了後にそれを引き継ぐかたちで関係当局による調査・捜査が行われる場合を、順次型 (the sequential model)、②企業と関係当局のいずれか一方が指導的地位にあって、企業の内部調査と、公的機関による調査・捜査が並行して協調的に行われる場合を、協調型 (the cooperative model)、③企業の内部調査と、関係当局による調査・捜査が並行して行われるが、互いに独立している場合を、競争型 (the competitive model) と分類し、各類型の特徴を検討している。そして、②の協調型 (the cooperative model) に対して、国家行為 (state action) の理論による制約が及ぶと指摘している。

(34) 原田・前掲注(9)83頁。

2 問題状況の理論的位置付け

(1) 刑事手続法学における議論との関係

直接の証拠獲得手続が私人によって行われていても、それが捜査機関の命令や依頼による場合には、それを捜査機関の行為と見做し、違法収集証拠排除法則によって対応すべきという点について、今日、我が国において異論はみられない⁽³⁵⁾。そこで、協議・合意制度の利用を目的とする企業の内部調査が、命令や依頼等を介した捜査機関等との緊密な関係にもとづいて実施される状況に対し、我が国における理論的・現実的な対応としては、違法収集証拠排除法則によることが考えられる。

捜査機関とは全く独立に行われた私人による違法収集証拠については、趣旨・根拠との関係で、そもそも排除法則が適用されるかどうかに関して、理論的な検討が求められる状況にある。これに対し、捜査機関の行為と見做される私人の行為——いわば、私人を介した違法収集証拠——の場合、排除法則の適用等には、直接の行為主体が捜査機関の場合と異なるところはない。他方、事例に乏しいため、捜査機関の行為と見做すという前提的処理について、事実の認定・評価のあり方の検討が求められる状況にある。具体的には、命令や依頼などの程度の働きかけがあれば、私人の行為である内部調査が捜査機関等の行為と見做されるのか、また、捜査機関等からの個別具体の働きかけ以外に考慮される事情はあるか等を詰めていく必要がある⁽³⁶⁾。

こうした課題に関して、アメリカにおいては、企業の内部調査という局面以外でも、私人の証拠収集行為が、国家行為 (state action) に該当し、修正4条等の憲法の適用を受けるかという問題が生じている。例えば、—— Stein

(35) 例えば、川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』(立花書房、2016年) 473頁、宇藤崇ほか『刑事訴訟法〔第2版〕』(有斐閣、2018年) 432頁〔堀江慎司〕、酒巻匡『刑事訴訟法〔第2版〕』(有斐閣、2020年) 517頁等。また、田口守一『刑事訴訟法〔第7版〕』403頁(弘文堂、2017年)。

(36) Connolly 決定は、内部調査が実施されていた期間における捜査活動の実態に着目し、実質的な捜査が行われていない点を指摘している。これは、重大な違法行為の存在を認識しているにも拘らず、実質的な捜査を行っていないという事実を、内部調査に対し当局が指導的地位にあったかどうかを認定する際の資料とするものとみることできる。

判決が引用する——Skinner 判決では、鉄道会社による薬物検査について、国家行為に該当し、修正4条の適用を受けるかが問題となっている。同判決については、既に我が国でも紹介・研究があるが⁽³⁷⁾、国家行為該当性に係る判断部分については、特段の注目を集めることなく、検討の前提として違和感なく受け容れられているように見受けられる。我が国の場合、私人による証拠収集が捜査機関の行為と見做されるか否かが問題となった事例に乏しいことに鑑みると、如何なる場合に私人の行為が捜査機関の行為と見做されるかについて、相応の実例があるアメリカの裁判例から示唆を得るのが有益であると考ええる。

(2) 憲法学における議論との関係

私人を介した違法収集証拠は、理論的には、捜査機関の行為に対する排除法則適用の一場面に過ぎない。他方、その内実については、本来的には、対象外である私人の行為に対し、憲法的・刑事訴訟法的規制を及ぼそうとする試みということもできる。実際、国家行為該当性の判断に際し、Stein 判決及び Connolly 判決が依拠する連邦最高裁判所の Blum 判決は、我が国の憲法学上、私人間効力という論点において、ステイト・アクション理論として研究が進められている領域に属する判例である。

何をステイト・アクション理論として捉えるかは、論者の目的に応じて、様々であるように見受けられるが⁽³⁸⁾、私人間効力との関連では、「『国家との

(37) 洲見光男「薬物検査の適法性——連邦最高裁判決を手がかりとして——」判例タイムズ815号（1993年）64頁、椎橋隆幸編『米国刑事判例VI』（中央大学出版部、2018年）461頁以下、476頁〔堤和通〕等。

(38) 木下・前掲注②73頁以下。例えば、佐藤幸治『日本国憲法〔第2版〕』（成文堂、2020年）185頁は、アメリカの理論について、「私的団体が公権力と類似の作用を営み、または特権付与を受けて公権力と緊密な関係にある場合には、例外的に基本的人権が私人間にも妥当するというもの」として、直接適用説的な理解を示している。これに対し、高橋和之の『『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない——人権の第三者効力論における『無効力説』の再評価』ジュリスト1245号（2003年）137頁は、「合衆国憲法の人権規定は、ステイト（公権力）の行為（アクション）にしか適用されない、それゆえに『ステイトの行為』の範囲を拡大して、一定の条件の下に私人の行為をその射程内に取り込んでこよう、というのがその議論の眼目」として、無適用説的な理解を示している。

関わり合い』を理由に、憲法の人権規定を私人の行為に適用させていくステイト・アクションの法理が日本の解釈論において有効性をもつことには、近時懐疑的な見方が強い。」(強調は引用者)ともいわれる⁽³⁹⁾。そこで、上述した検討の方向性について、憲法学上の議論との関係も整理しておきたい。

我が国にステイト・アクション理論を紹介した先駆者の一人である芦部信喜は⁽⁴⁰⁾、「純然たる事実行為にもとづく私的な人権侵害行為……であっても、もし国家が財政援助・監督その他の方法で、それに『きわめて重要な程度にまでかかりあいになった』と判断できる場合には、右私的行為を国家の agent ないし instrumentality の行為と考え、国家行為と同視して、憲法の規制に服せしめることが理論上可能である。」と主張する⁽⁴¹⁾。その上で、神戸市交通局における所持品検査において、検査員の取調べに反発して車掌が自殺を遂げた事件を契機として、日本弁護士連合会が発表した報告書をもとに、自らの見解を敷衍している。報告書では、「およそ、企業体においては、もちろん自己防衛の利益を害するものに対しては、これを受忍すべきいわれなく、企業の利益を保護するため必要最小限度に於て、また、基本的人権を侵害しない範囲に於て適当な検査が許されることは言うまでもない。交通運輸企業体は、公営はもちろん私営の場合に於いても、国の監督のもとにある公益事業であり、これらに於て行われる検査が被検査者の自由を制約し前記限度を超えるときは、法定手続を保障する憲法31条の精神に背反し、更には個人の尊重を定めた憲法13条等の精神にも反するものと認められる。」との主張が展開されている⁽⁴²⁾。これに対し、芦部は、「公益事業」という要素も併せて指摘されているものの、「国の監督」の内容・程度が具体的には明らかではないた

(39) 木下・前掲注②061頁等。

(40) ステイト・アクション理論を参照する立場を含め、私人間効力に関する学説の展開については、木下・前掲注②03頁以下参照。また、近時の展開については、君塚・前掲注②0174頁以下等参照。

(41) 芦部信喜『現代人権論——違憲判断の基準』(有斐閣、1974年)76頁。なお、私的な人権侵害が法律行為にもとづく場合は、民法90条が適用され、憲法は当該一般条項の意味を充填する作用を果たすことによって、間接的に私的行為を規制する効力を持つとされる。同68頁以下。

(42) 報告書の引用は、芦部・前掲注(41)77頁に拠る。

め、「憲法を直接適用する論旨の説得力に欠ける」と指摘する⁽⁴³⁾。芦部は、この事案で、ステイト・アクション理論を用いて、国を当事者として構成し、国家賠償請求等でその責任を追及する途を模索していたようであるが⁽⁴⁴⁾、企業による内部調査に対して、国との緊密な関係をもとに、憲法等の規制を及ぼそうとする点、緊密な関係の存否を判断するためには、具体的な事実を詳かにする必要がある旨指摘する点は、本稿の問題意識と共通しているといえる。

前記のとおり、私人間効力という論点——すなわち、私人による権利侵害について私人の責任が追及される場合——に関して、ステイト・アクション理論の有用性については疑問も呈されている⁽⁴⁵⁾。しかしながら、芦部の主張のように、私人と公権力が密接に結びついている場合に、私人による人権侵害に加担した公権力に対して国家賠償等の可能性を探ろうとする試みに対しては⁽⁴⁶⁾、「主体が国や地方公共団体などである事例を私人間効力の問題にする必要はな……い。理論的には国の行為と見做せるものが憲法問題になるのであるが、実際は、逆なのである。訴えが提起され、裁判所が憲法判断をして救済した事例で、国の行為（ステイト・アクション）の存在が宣言されるのである。ならば、いかなる当事者・事実・権利のときに憲法を起動するかの実体判断に、議論を進めるべきである。」⁽⁴⁷⁾、あるいは「今後は、いかなる

(43) 芦部・前掲注(41)78頁以下。

(44) 芦部信喜『宗教・人権・憲法学』（有斐閣、1999年）227頁以下。

(45) 木下・前掲注(20)62頁は、ステイト・アクション理論を参照する立場の眼目について、「当事者がいわゆる『社会的権力』とよぶべき大きな影響力を有して契約の相手方の実質的な選択の自由を奪っている場合や、国家により独占的地位を付与されている場合には、私的自治を保護する必要性は低く、紛争が裁判所に持ち込まれた場合の利益衡量において、もう一方の当事者の権利を保護する必要性が高くなる」点を示すことにあると指摘している。

(46) 例えば、松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣、2007年）331頁以下は、憲法上の権利の私人間適用ないし第三者効力といった枠組み自体を放棄し、どこまでが国家の行為といえるのか、というかたちで議論すべきである、との立場を示している。

(47) 君塚・前掲注(20)213頁。また、同267頁は、「私人の行為が、単に国法で承認されているかのように見えたという以上に、国家の援助・助長、或いは容認・黙認・故意か過失による不法行為があるときは、その分、国家賠償等の問題が発生するということはある得る。しかしこれは特にステイト・アクション理論的構成の導入を採らずとも、あり得べき結論である」と指摘する。

場合に、国家の損害賠償責任が生ずるのかの要件論を詰めていく作業が求められよう。』⁽⁴⁸⁾等の指摘が寄せられている。私人間効力という論点との関連性、当該論点における解釈論としての有効性については、疑義が呈されているものの、私人による人権侵害に加担した国家の責任を追及する手法との関連では、ステイト・アクション理論に関連する判例の参照価値は否定されていないといえよう。

本稿で示した問題状況と理論的対応は、私人による内部調査が、依頼や命令等の国との緊密な関係にもとづいて実施され、その過程で法的利益の侵害が行われた場合に、後の刑事訴訟において、当該行為を捜査機関の行為と見做し、証拠の排除というかたちで、その責任の追及を試みるというものである。そして、検討の方向性として、如何なる場合に、私人の行為を捜査機関の行為と見做すべきか、その判断基準を明確する必要性を指摘するものである。それゆえ、少なくとも、私人間効力に係る憲法上の議論において示されている前記の疑念によって、本稿で示した検討方法の妥当性が損なわれることはないと考える。

IV 結びに代えて

本稿では、協議・合意制度の利用を主たる目的として内部調査が実施される場合、刑事手続法学の観点から検討すべき問題があるとの別稿での指摘について、問題状況を具体的に示した上で、それへの対応の理論的位置付けと、検討すべき課題を明らかにすることを試みた。

本稿では、まず、ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所の Connolly 決定を取り上げ、事実関係を詳細に示し、想定される問題状況を具体的に例示した。その上で、企業の内部調査が、国との緊密な関係にもとづいて実施され、国家行為と見做される場合には、単独で実施される場合とは異なる法的制約に服する旨を説く裁判所の判断を紹介した。続いて、Connolly 決定と、別の機

(48) 木下・前掲注(20)162頁。前注(46)の松井説に対する指摘である。

会に紹介した Stein 判決に共通する手法——本来、その対象外である内部調査について、国との緊密な関係を理由に、国家行為と見做し、憲法等の規制を及ぼすという手法——について、我が国の議論に引き直した場合の理論的な位置付けと、その課題を示した。そして、斯かる手法は、捜査機関の命令や依頼を受けて、私人による証拠収集行為が行われた場合に、それを捜査機関の行為と見做し、排除法則を適用するという立論（私人を介した違法収集証拠）に相当するとの理解を示した。その上で、当該立論による対応に実効性を持たせるためには、如何なる場合に私人の行為が捜査機関の行為と見做されるのか、その判断基準を明確にする必要がある旨を指摘した。

今後は、私人による証拠収集行為に、国家機関が関与している場合を扱ったアメリカの事例を収集、分析し、この課題を検討していくことにしたい。

本稿は、科研費（課題番号19K01346）の研究成果の一部である。